

実体法上の違法と証拠能力：私人による違法な証拠収集活動を中心として

著者	笹山 文?
雑誌名	名古屋学院大学論集 社会科学篇
巻	57
号	2
ページ	115-127
発行年	2020-10-31
URL	http://doi.org/10.15012/00001279

〔論文〕

実体法上の違法と証拠能力

——私人による違法な証拠収集活動を中心として——

笹 山 文 徳

名古屋学院大学法学部

要 旨

違法収集証拠の取扱いに関して、刑事訴訟では、主に捜査機関が証拠収集することを念頭にこれまで議論が展開されてきた。刑事訴訟における証拠収集を私人が行う場合もありうるが、そうした私人の行為は、国家機関を名宛人とした刑事訴訟法の規律を受けるものではない。その意味では、捜査機関による違法な証拠収集活動は刑事訴訟法上の違法を構成するが、私人による違法な証拠収集活動は刑事訴訟法上の違法となるわけではなく、実体法上の違法が問題となるのみである。では、実体法上の違法により獲得された（刑事訴訟法上の違法により獲得されたとはいえない）証拠には、違法収集証拠排除法則が適用され、証拠能力が否定されるのだろうか。また、証拠収集過程の違法ではなく、当該証拠を使用することで手続が不公正になるという点に着目した「不公正手続証拠排除法則」は適用されるのだろうか。

キーワード：私人が収集した証拠，違法収集証拠排除法則，不公正手続証拠排除法則

The admissibility of evidence obtained in violation of substantive law

Fuminori SASAYAMA

Faculty of Law
Nagoya Gakuin University

発行日 2020年10月31日

目 次

- 1 はじめに
- 2 私人による違法収集証拠に関する判例の動向
- 3 私人による違法収集証拠に関する学説の状況
- 4 若干の検討
- 5 おわりに

1 はじめに

違法収集証拠の取扱いに関して、刑事訴訟では、主に捜査機関が証拠収集することを念頭にこれまでの議論が展開されてきた。証拠収集を私人が行う場合もありうるが、そうした私人により違法に獲得された証拠の証拠能力について、十分な議論が蓄積されてきたとはいいがたい。その理由は、刑事訴訟法は国家機関（捜査機関）を名宛人とするものであり、私人の行為は刑事訴訟法によって規律されるものではないとされてきたからである。その意味では、私人の行為は、刑事訴訟法上の違法となるわけではないが、例えば私人が所有者に無断で証拠物を獲得したような場合に、実体法上の違法となりうるのも事実である。

このような場合に、刑事訴訟法の名宛人となっていないからといって、実体法上の違法となる行為で私人が獲得した証拠の証拠能力を認めることは許されるのであろうか。判例により確立された違法収集証拠排除法則を実体法上の違法により獲得された証拠にも適用し、証拠能力を否定することができるのだろうか。また、外国の捜査機関が証拠獲得したケースで採用されうる、当該証拠を使用することで手続が不公正になるかという点に着目した「不公正手続証拠排除法則」を適用することはできるのだろうか。

そこで、わが国の違法収集証拠排除に関するさらなる考察の準備作業として、刑事訴訟における実体法上の違法により獲得された（刑事訴訟法上の違法により獲得されたとはいえない）証拠の証拠能力に関する判例および学説の議論状況を整理し、違法収集証拠排除法則および不公正手続証拠排除法則の適用可能性について若干の検討を加えてみたい。

2 私人による違法収集証拠に関する判例の動向

私人により違法に獲得された証拠の証拠能力について、直接判示した最高裁判例はないが、次にみるように、その点が争点とされた事案が散見される。判例が私人による違法収集証拠の許容性判断をどのように行っているのか検討する。

(1) 証拠物を無断で獲得したケース

ア 東京高裁昭和28年11月25日判決

東京高裁昭和28年11月25日判決は、私人による違法収集証拠の証拠能力が争われたリーディング

ケースである¹⁾。警察官らは、麻薬取締法違反の疑いで被告人Xを逮捕するため、Xと同居していた雇い主Y方の住居に赴いた。Xは外出中であつたが、Yが居室内を探したところ阿片散が発見され、警察官に差し出したため、任意提出による領置の形式で手続をとり、警察署に持ち帰った。弁護人は、当該証拠が憲法に違反して令状によらず押収されたものであり、証拠とすることはできないと主張した。

東京高裁は、警察官らが「直接Yの居室に立ち入り捜索してその阿片散を持ち帰ったわけではない」ため、令状によらない捜索押収には当たらないとした。そして、警察官らの行為については、「Yらの行為が違法だというだけのことで……これを領置した司法警察職員の所為がその事からすぐに不法になるという筋合いのものではない」とした。もっとも、任意提出の形式をとったとしても、警察官「自らは直接捜索するということをして、予め明示又は暗黙のうちに第三者であるYらに憑憑して室内を捜索せしめその阿片散を持ち出させた」場合には、不法な押収となる可能性を認めている。そして本件では、警察官がすすめて捜索させたという事情が窺えないこと、もし押収手続に違法があつてもその証拠能力に影響は及ばないことから、当該証拠の証拠能力を認めた。

本判決は、私人の行為を違法であると判断しているが、私人の違法行為を警察官が引き継いだとしても、原則として、警察の証拠収集手続が違法になることはないとする。例外的に、警察官が主体的に関与して私人に違法に証拠獲得を行わせた場合にのみ、警察の証拠収集手続も違法となるとされた²⁾。本判決は、最高裁昭和53年9月7日判決が違法収集証拠排除法則を認める判断を下す以前の時期のものであるが、同法則の適用を認める現在の判例からすれば、私人による証拠収集が「捜査官自身が行った行為と同等に評価し得るような特殊な場合³⁾」に限って、警察による証拠の引き継ぎも違法となり、証拠能力を否定する見解と捉え直すことができよう。

イ 東京高裁昭和54年6月27日判決

東京高裁昭和54年6月27日判決は、私人による証拠獲得手法の適否が争われた事例である⁴⁾。被告人Xには、薬物中毒の疑いがあったため、その前妻Yらが説得して、精神病院に入院させた。Yらは、貴重品を保管するため、Xの居室内を探していたところ、たまたま覚せい剤と認められる粉末の入ったテニスボールを発見し、警察官に任意提出した。弁護人は、Yらによって発見された覚せい剤は違法に獲得されており、証拠能力を有しないと主張した。

東京高裁は、証拠獲得の適法性について、Yらは「被告人のためを思って入院につき配慮し、入院

-
- 1) 東京高判昭和28年11月25日判例タイムズ36号43頁。なお、私人による違法収集証拠に関する判例について、榎本雅記「違法収集証拠排除論の再構成・試論」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012）683頁以下参照。
 - 2) 山田耕司「判解」最判解刑事篇平成17年度271頁は、本判決および後述イの東京高裁昭和54年判決が「仮に私人の収集行為が違法であっても、警察官がこれに関与していない限り、警察の証拠収集手続としては適法であり、証拠の証拠能力には全く影響しないとの考え方をしたと解されている裁判例」であると評している。
 - 3) 匿名コメント「判解」判例時報961号133頁。
 - 4) 東京高判昭和54年6月27日判例時報961号133頁。

後の財産の保全を図って貴金属類を探していたところ、偶然本件覚せい剤を発見したのであるから、そのことじたい必ずしも違法な措置であるとは断じがたい」とした。そして、当該証拠の任意提出の適法性についても、「警察官は、本件覚せい剤の発見、取得には全く関与しておらず、後刻警察官のもとに任意に差し出されてはじめて証拠として捜査線上に浮かんだことが明らか」であることから、当該証拠の証拠能力を認めた。

本判決は、私人の証拠収集が違法であると判断した上で、その具体的な理由づけに言及した前述アの東京高裁昭和28年判決とは異なり、当該証拠が任意提出であり押収手続に違法はないと端的に述べている。本判決において警察官が関与していないことに言及しているのは、①仮に私人の証拠収集行為が違法であっても、警察官がそれに関与していない限り、捜査機関の押収手続としては適法であるという読み方、②警察官が当初から関与していたような場合には、捜査機関自身の行動と等しくなり、本件のような証拠収集手続も違法と評価されるという読み方のいずれもあり得よう⁵⁾。前述の東京高裁昭和28年判決と整合的に理解するならば、本判決は警察官がテニスボールの発見、収集に全く関与していなかったという点に重点を置くことになる⁶⁾。すなわち、本判決は、そもそも私人の行為に違法はないと判断しているのであるが、後者の読み方により、私人であるYらの行為を捜査機関と同視できる事情の有無についても、確認したものと解することができよう⁷⁾。

(2) 秘密録音（当事者録音）⁸⁾したケース

ア 最高裁昭和56年11月20日決定

最高裁昭和56年11月20日決定は、秘密録音の合法性に関する初めての最高裁の判断である⁹⁾。本件は、被告人Xが自己を検事総長であると名乗って、当時の内閣総理大臣に電話をかけた、いわゆる偽電話事件である。事件後、Xは新聞記者Yに対して情報提供（Xは偽電話を録音したテープを再生した）を行ったが、Yは取材の結果を記録するためXの同意なく、会話の録音を行った。弁護人は、報道の依頼を目的としてYに持ち込んだ録音テープ、XとY間で交わされた会話をYが録音したテープは同意なく録音されたもので、証拠能力は認められないとの主張をした。

5) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）584頁。

6) 匿名コメント「判解」判例時報961号133頁。

7) 早川真崇「他人による任意提出」別冊判例タイムズ26号198頁。

8) ここでは会話の一方当事者による同意を得て秘密に録音した場合を取り扱うこととする。会話のいずれの当事者の同意も得ることなく秘密に録音した（第三者録音）場合、判例は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分であると判示しているものの、証拠能力については認めている。なお、電話傍受が捜査手法として法律上認められない強制処分であることから、当該証拠の証拠能力は認められないとする反対意見がある（最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁）。

9) 最決昭和56年11月20日判例タイムズ459号53頁。なお、これ以前に録音テープの証拠能力が争われた最高裁決定（最決昭和35年3月24日刑集14巻4号462頁）が存在する。しかし、主に被告人に確認の機会のない録音を証拠とすることの適法性、録音テープの公判廷での証拠調べの方法の適法性が争点とされており、証拠能力について直接言及されていない。同決定は、証拠能力が認められることを当然の前提としていたとの評価が加えられている（稗田雅洋「判解」最判解刑事篇平成12年度162頁）。

最高裁は、「被告人が新聞紙による報道を目的として新聞記者に聞かせた」ものであること、「未必的にはあるが録音されることを容認していた」ことなどを根拠に、同意のない録音であっても違憲ではないとして、当該証拠の証拠能力も認めている。

本決定は、録音したことが違法でないとして証拠能力を争う前提を欠くとの判断をしており、証拠能力の点に直接言及していない。これは、証拠収集の適法・違法が証拠能力にどのような影響を与えるかについて見解が分かれているが、上告趣意との関係で、録音が適法であることにさえ言及しておけば足りるとの考えからである¹⁰⁾。そうすると、Yの録音自体が違法ではないとの判断をしているため、仮に録音が違法であるとされた場合の証拠能力について、どのような判断がなされるのかは判然としない部分が残る。

イ 松江地裁昭和57年2月2日判決

松江地裁昭和57年2月2日判決は、借金を抱えた被告人Xが、実娘を殺害して保険金を得ようと計画し、知人Yに娘の殺害を依頼して実行させたが、未遂に終わったという殺人未遂教唆事件である¹¹⁾。Xは娘に対する殺害計画は認めたものの、その動機は保険金入手目的ではないと主張した。そこで、検察官は、犯行動機を立証するため、Yの知人であるZを証人として請求したが、Zが証言を拒否したことから、Zの検察官調書を証拠申請し採用された。その後、Zは弁護側証人として出廷し、「捜査段階で警察官から虚偽の供述を強要された上、Xと会い事件のことを聞き出して録音するように指示され、その報酬として5万円を受け取った」との証言をした。検察官は、Z証言を弾劾する証拠として、Zとの交渉状況を警察官が密かに録音したテープを請求した。弁護人は、本件テープは秘密録音された違法収集証拠であって証拠能力がないと主張した。

松江地裁は、秘密録音について、「録音が明らかにされることによって、同意しなかった対話者の人格権がある程度侵害されるおそれが生ずることはいえないが、いわゆる盗聴の場合とは異なり、対話者は相手方に対する関係では自己の供述を聞かれることを認めているのであって、その証拠としての許容性はこれを一律に否定すべきではなく、録音の目的、対象、方法等の諸般の事情を総合し、その手続に重大な違法があるか否かを考慮して決定するのが相当である」とする。そして、本件についてみると、録音テープの「対象は犯罪に関したいわば公共の利害にかかわる事実であるうえ、本件各録音テープの内容に照らしても、録音者においてことさら相手方をおとし入れたり、誘導により虚偽の供述を引き出そうとするなどの不当な目的を持っていたとは認められず、これに加えて、録音の場所、方法についても社会通念上格別非難されるようなものとは言えないことをも勘案すれば、本件各録音テープの録音の過程にその証拠能力を否定しなければならないほどの違法な点は存しない」と判示した。

本判決は、私人による秘密録音について、憲法に違反するかどうかという点から実体法上の違法の有無を判断し、仮に証拠の収集過程に重大な違法があれば、弾劾証拠としても許容されないことを前

10) 匿名コメント「判解」判例タイムズ459号54頁。

11) 松江地判昭和57年2月2日判例タイムズ466号189頁。

提としている。なお、憲法に違反するかどうかという実体法上の違法の有無に関して、録音自体の適法性は認められるとしても、「録音が明らかにされることによって、同意しなかった対話者の人格権がある程度侵害されるおそれ」、換言すれば、証拠として利用・開示されることの違法性について別途検討する必要があるだろう¹²⁾。これは、本判決が録音を実施した場所や方法、その内容に言及していることから裏づけられよう。

ウ 最高裁平成12年7月12日決定

最高裁平成12年7月12日決定は、広告の企画制作会社を経営する被告人Xが、広告代理店を経営するYに対して行った詐欺事件である¹³⁾。すなわち、Xは架空の広告主から折込広告があるかのように装い、Y会社がこの依頼を受け、X会社がその下請けをし、後日広告主から広告代金がY会社に支払われるなどと虚偽の説明をして、下請代金として小切手を詐取したのである。その際、Yは、Xの説明内容に不審を抱き、Xとの会話を密かに録音していた。弁護人は、この録音テープは無断で録音されたものであり、証拠能力を有しないと主張した。

最高裁は、「被告人から詐欺の被害を受けたと考えた者が、被告人の説明内容に不審を抱き、後日の証拠とするため」録音したことを根拠に、たとえ相手方の同意を得ないで録音したとしても違法ではなく、証拠能力を争う前提に欠けるとの判示をした。

本判決は、憲法に違反するかどうかという点から実体法上の違法の有無を判断した結果、広い意味での自衛行為とみることができること、不当な手段を用いて発言を引き出そうとしていないこと、録音されないことに対する期待が強く認められる訳ではないことなどから、適法な録音であり、証拠能力が認められるとしている。このような秘密録音されたテープを裁判で証拠として取り調べることについては、「録音内容の外部流出の一態様であり、話者のプライバシーを損なう面があることは否定しがたいが、これについては、証拠調べの必要性・相当性の判断に際し、話者の受ける不利益を考慮することにより解決すべき問題¹⁴⁾」であろう。また、そもそも「基本的に録音自体の問題と録音された会話内容の外部流出や悪用の問題を区別して考え、会話の内容を聞くことを許されている対話当事者が録音する限り、録音自体は適法であり、これが外部に流出したり悪用された場合に、その態様によって違法の問題が生じると考えるのが相当¹⁵⁾」である。私人による録音自体の違法と当該証拠を外部流出させることの違法とを区別している点で注目に値する。

(3) 医師が証拠を獲得したケース

最高裁平成17年7月19日決定は、医師が被告人の承諾なしに採尿を行い、警察へ通報した事例である¹⁶⁾。病院に緊急搬送された被告人Xは、担当医師Yから、尿検査の必要性について説明を受けたが、

12) 久岡康成「判批」判例百選刑事訴訟法（第5版）29頁。

13) 最決平成12年7月12日判例タイムズ1044号81頁。

14) 稗田雅洋「判解」最判解刑事篇平成12年度168～169頁。

15) 稗田・前掲注(14) 169頁。

16) 最決平成17年7月19日判例タイムズ1188号251頁。

Xはこれを拒んだ。Yは麻酔手術中に採尿を行い、Xが興奮状態にあったことなどから、薬物の影響の可能性を考え、簡易検査を行ったところ、覚せい剤の陽性反応が出た。そこで、警察に通報し、警察官は、差押許可状を得て、同医師が採取した被告人の尿を差し押さえた。弁護人は、治療行為の違法性および医師の守秘義務違反を根拠に、警察官がYの行為を利用して尿を押収したのであるから、令状主義の精神に反する重大な違法があり、鑑定書等の証拠能力はないと主張した。

最高裁は、刑法および国家公務員法に違反するかどうかという点から実体法上の違法の有無を判断した結果、医師の行った採尿および薬物検査について、「医療上の必要があったと認められるから、たとえ同医師がこれにつき被告人から承諾を得ていたと認められないとしても、同医師のした上記行為は、医療行為として違法であるとはいえない」とした。また、医師の守秘義務違反について、「医師が、必要な治療又は検査の過程で採取した患者の尿から違法な薬物の成分を検出した場合に、これを捜査機関に通報することは、正当行為として許容されるものであって、医師の守秘義務に違反しない」と判示し、尿の入手過程に違法はなく、尿の鑑定書等の証拠能力を認めた。

本判決は、医師による被告人の尿の採取過程や警察官への通報はいずれも違法はなく、警察官が被告人の尿を押収した点も違法はないとの判断を示しているため、私人の違法収集証拠の論点に立ち入って判断を示していない。ただ、「被告人の尿の鑑定書等の証拠能力の前提問題である尿の採取過程等の適法性について判断を示したことからすると、仮にこれが違法であったとされた場合、その違法の程度いかんによっては被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力を否定する結論もあり得るとの考え方をしていたと見る余地¹⁷⁾」もあったであろう。しかし、そうした実体法上の違法がなぜ訴訟法上の証拠能力に影響を与えるのかには言及していない。

(4) 外国の捜査機関が証拠を獲得したケース

福岡地裁平成17年5月19日判決は、中華人民共和国から日本に留学していた被告人Xが、中国人の共犯者らと共謀の上で強盗事件等を犯したほか、深夜に住居に押し入り、一家4人全員を殺害して現金等を強奪するとともに、その死体を埠頭の岸壁に運んで海中に投棄し遺棄したという住居侵入・強盗殺人・死体遺棄の事件である¹⁸⁾。弁護人は、国際捜査共助の要請に基づき、中国において、同国の捜査機関が作成した供述調書等について、証拠能力が否定されるべきであると主張した¹⁹⁾。

福岡地裁は、国際捜査共助について「日本の法律は適用されないことからすれば、日本の捜査官の違法行為によって得られた証拠の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則が、中国の捜査機関による違法収集手続に適用されないことは明らかであり、「国際捜査共助により得られた証拠の証拠能

17) 山田耕司「判解」最判解刑事篇平成17年度272頁。

18) 福岡地判平成17年5月19日判時1903号3頁。なお、控訴および上告され、最高裁の判断（最判平成23年10月20日刑集65巻7号999頁）が示されているが、証拠能力に関しては第一審の判断が是認されているため、福岡地裁判決をもとに検討する。

19) 中国の捜査機関により収集された証拠が争点とされた事例であり、私人の違法収集証拠が争点とはなっていないが、わが国の刑事訴訟法が適用されない者によって獲得された証拠という点においては、共通点が導き出せる。

力に関しては、証拠の許容性の問題として検討すれば足りると解される」とした。そして、証拠の許容性に関して、「国際捜査共助に基づき、外国の捜査機関がその国の法令に従って適法に証拠収集を行ったとしても、その結果得られた証拠は日本の刑事裁判において使用されることからすれば、その証拠収集手続が日本の法令に照らして違法であると見られる場合には、証拠能力に関する諸規定のほか、刑訴法全体の精神に照らし、その証拠を事実認定の証拠とすることが許容されるかどうかについても検討する必要があると解するのが相当である……そして、元来、国際捜査共助は外国における証拠収集のための要件や手続が日本におけるそれと異なっていることを当然の前提として成り立つ制度であることを考えると、国際捜査共助によって得られた証拠の日本の刑事裁判において使用することが許容されなくなるのは、外国の捜査機関による証拠収集手続が、刑訴法全体の基本理念に実質的に反していると認められる場合に限られると解するのが相当である」と判示した。

本判決は、まず違法収集証拠排除法則の適用可能性に関して、外国の捜査機関はその国の法令に従って証拠収集を行うのであるから、「日本の捜査官の違法行為によって得られた証拠の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則」は適用できないとしている。このことは、違法捜査抑止の観点の問題とする限りでは、首肯することができるが、司法の廉潔性および適正手続の観点から排除の可能性を検討することも可能であり、そうすると、外国における証拠収集の作成・収集がその国の法令に定められた手続に従って行われているからといって、違法収集排除法則の適用が当然に除外されることにはならないことには注意を要する²⁰⁾。ここからは、違法捜査抑止の観点に限定しないのであれば、私人による違法収集証拠の場合に、排除法則を適用する余地を認めることも可能であるといえる。

また、本判決は、違法捜査抑止の観点から違法収集証拠排除法則の適用可能性を否定する一方で、ロッキード事件大法廷判決²¹⁾を引用しつつ、証拠の許容性判断を行おうとしている。同判決を巡っては、学説において、①違法収集証拠排除法則を適用した例とみる見解と、②それとは異なる新たな証拠排除法則を提示したものとみる見解とが対立している。近年②の見解が有力となっていると思われるが、そこから本判決の意義を検討すれば、「これらの証拠法則の問題関心は、当該証拠収集手続が捜査手段として許されるか否かにではなく、当該証拠を裁判所の事実認定の証拠に供することが許されるか否かにあるといえることができる²²⁾」。

3 私人による違法収集証拠に関する学説の状況

私人による違法収集証拠の問題は、学説において、違法収集証拠排除法則の適用は難しいと考えられている。違法収集証拠排除法則の根拠論に照らして、なぜそのような結論が導かれるのか検討を加えてみたい。

20) 松田岳士「判批」刑事法ジャーナル4号(2006)103頁。

21) 最判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁。

22) 松田・前掲注(20)105頁。

(1) 違法な証拠収集活動を抑止するという観点

違法な証拠収集活動を抑止するという観点からは、①捜査機関による違法捜査のみを対象とする見解と、②それに加えて、私人による違法な証拠収集活動をも対象とする見解がみられる。

第一の捜査機関による違法捜査のみを対象とする見解は、私人による違法な証拠収集に関して、「捜査機関の抑止されるべき違法行為は存在しない²³⁾」とか、「違法捜査の防止という問題は存在」しないとする²⁴⁾。そうであれば、この立場からは、捜査機関の行為のみが問題とされ、私人の行為は考慮の外に置かれており、私人による違法収集証拠は排除する必要がないとの結論が導かれることになる。

第二の見解は、捜査機関による違法な捜査のみならず、私人による違法な証拠収集活動についても抑止の対象とする。しかし、私人による違法な証拠収集活動の抑止という点を検討するとしても、私人による「違法な証拠収集はほとんどが偶発的なものである²⁵⁾」とか、「そもそも、問題とされる違法行為が刑事事件の証拠を獲得することを目的として行われるとは限らない²⁶⁾」ため、抑止の必要性が乏しいと説明される。さらに、たとえ抑止の必要が認められるとしても、「このような形での法的規制に即応し得るだけの制度的基盤を持つものでもない²⁷⁾」ことから、裁判所による証拠排除を受けて、組織的に違法な証拠収集活動の防止に努めるという捜査機関に向けては機能する抑止効がないため、私人による場合に証拠排除の適用を認めることはできないとする。

また、私人に対する証拠排除を認めない理由として、私人は「行為が刑罰法規に触れるものであれば処罰を受けることにもなるから、通常は証拠排除を認める必要はない²⁸⁾」との見解が示されることもある。ただし、刑罰法規という実体法による抑止が行われるとしても、証拠排除という手続法による抑止の手段が並列的に備えるという考え方（私人の場合には捜査機関のように組織的な対応が図られないことは事実であるが、警備業者や私立探偵など反復して証拠収集を行う私人も想定しうることから、私人に対する抑止手段の可能性を残しておく必要があるという考え方）もありうるように思われる。

(2) 適正手続を保障するという観点

適正手続を保障するという観点からは、「証拠獲得手続に、その後の手続を一体として不当としてしまうほどの著しい違法がある場合²⁹⁾」に、適正手続の違反となると解されている。すなわち、国家機関（警察）が証拠を違法に獲得し、当該証拠を国家機関（検察・裁判所）が使用するという一体性が求められている。すなわち、国家機関が自ら違法に証拠収集を行い、その証拠を自らが使用するという点に着目しているのである。

23) 宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法』（有斐閣、第2版、2018）432頁。

24) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）』（弘文堂、新版、1993）121頁。

25) 井上・前掲注（5）416頁。

26) 川出敏裕「違法収集証拠（2）」警察学論集68巻12号（2015）160頁。

27) 井上・前掲注（5）416頁。

28) 松尾・前掲注（24）121頁。

29) 川出敏裕「違法収集証拠（1）」警察学論集68巻11号（2015）135頁。

そこで、私人の場合に目を向けてみると、適正手続の観点からは、「手続の一体的な不当性の存在が要件とされるという点で、私人による違法収集証拠の排除を根拠付けることには、本来的に困難がある³⁰⁾」とか、「後続する訴訟手続との間に一体性を欠くので全体として適正手続違反を問題とすることには無理がある³¹⁾」と考えることができる。

もっとも、こうした観点からも、違法が著しく重大で、適正手続の観点から到底容認できない場合は別論であるとされる³²⁾。ただし、この場合でも、証拠獲得手続と証拠使用手続の一体性という要求が不要となるのか、また、証拠獲得手続の不適正さが重大であれば、証拠使用手続までも併せた全体として見たときに、一体的な手続が不適正なものとなると解釈することができるのか、明らかでない部分があるように思われる。

(3) 司法の廉潔性を維持するという観点

司法の廉潔性を維持するという観点からは、①私人の場合には排除の必要はないとする見解と、②排除の必要を認める見解とに分かれる。

このうち前者には、その根拠として、「司法の廉潔性というのも国家機関である捜査機関の違法行為の結果を裁判所が受理したのでは司法の基本的公正さが害されるという点に主眼があるのですから、この観点からも排除の必要性はない³³⁾」として、そもそも私人の場合を対象外に置くもののほか、「国家機関たる捜査機関の違法行為の成果物を裁判所が手にする場合と比較して、問題性は小さい³⁴⁾」として程度を問題にするものがある。

他方、後者では、私人が違法に獲得した証拠であっても、当該「証拠の使用は不法の利用という性格を有することには変わりはない³⁵⁾」とか、「私人によるものとはいえ、違法な行為によって証拠が獲得されている以上は適用される³⁶⁾」といった説明が加えられる。私人が違法に獲得した証拠であっても、刑法上ないし民事法上は違法（不法）と捉えることができ、そのような証拠を使用することは、司法の廉潔性を害すると考えられているといえよう。こうした見解の中には、「証拠の採否のための衡量という点では、実際にその排除が認められるためには、捜査機関による収集の場合よりも、一般に、より強い違法の存在が要求されることになる³⁷⁾」とするものもある。

(4) 捜査機関が証拠を引継ぐことに着目する見解

これまでに取り上げた三つの観点から排除法則の適用の可否ないし要否を検討する見解は、いずれ

30) 井上・前掲注(5) 416頁。

31) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(有斐閣, 1992) 281頁〔島田仁郎〕。

32) 松尾・前掲注(24) 121頁。

33) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』(成文堂, 2013) 164頁。

34) 宇藤ほか・前掲注(23) 432頁。

35) 井上・前掲注(5) 416頁。

36) 川出・前掲注(26) 160頁。

37) 井上・前掲注(5) 416～417頁。

も私人が違法な手段で収集した証拠を裁判所が証拠採用してよいかという視点、すなわち、私人の行為の違法性に着目するものである。刑事訴訟法の名宛人は、国家機関であり、原則として私人が名宛人になることはない以上、そこでの「違法」は、刑事訴訟法上の違法ではなく、刑法ないし民事法上の違法を問題とするものといえる。

これに対して、捜査機関が証拠を引き継ぐことに着目するものもある。この見解では、私人が違法な手段で獲得した証拠を捜査機関が領置等により入手する点に着目し、私人によって違法に獲得された証拠を捜査機関が引き継ぐと構成することによって、刑事訴訟法上の問題として位置づけるのである。すなわち、「私人の行為の不正の度合いが著しい場合には、そのようにして収集された証拠を捜査追迫機関が引き継ぐこと自体を疑問とし、証拠排除の帰結を導くことも考えられる³⁸⁾」とするのである。

4 若干の検討

私人により獲得された証拠の取扱いに関して、判例および学説の議論状況をみてきた。ここでは、そうした証拠に対して、違法収集証拠排除法則および不公正手続証拠排除法則を適用できるか考察したい。

(1) 違法収集証拠排除法則

私人による違法収集証拠に関する判例、特に証拠物を無断で獲得したケースにおいて、私人の行為が実体法上違法となる場合であっても、それを警察官が引き継ぐ（領置する）ことは刑事訴訟法上の違法とはならないとの考えがみてとれた。例外として、私人の行為が捜査機関の指示のもと行われたようなときには、私人の証拠収集行為を捜査機関のものと同視して刑事訴訟法上の違法として捉え、証拠排除も可能とされている。また、学説の各根拠論から考えてみると、証拠物を無断で獲得したケースのように、私人の証拠収集活動が実体法上違法であるとすれば、違法収集証拠排除法則を適用し、証拠排除する余地は残されている。

もっとも、判例により確立されてきた違法収集証拠排除法則は、捜査機関が主体となった証拠収集活動に関する判断であり、私人による違法収集証拠はその射程外であるとされる³⁹⁾。また、私人による違法収集証拠に適用の可能性を認めるとしても、それは捜査機関のものよりも限定的な範囲に留まるであろう。というのも、判例は私人の行為が捜査機関のものと同視できる場合に限定している。また、学説は適正手続および司法の廉潔性の観点からは重大な違法が要求され、引き継ぐことを問題にする見解からも後続の捜査機関の行為が違法となるのは一定程度限定されうるからである。

38) 宇藤ほか・前掲注(23) 432頁。

39) 川出・前掲注(26) 160頁。

(2) 不公正手続証拠排除法則

証拠物を無断で獲得したケースでは、私人の実体法上の違法を認めることができたが、秘密録音について、判例はそれ自体が実体法上違法となるわけではないとの判断を下している。そうすると、私人の証拠収集活動が実体法上の違法とならない場合には、違法収集証拠排除法則を適用することは困難である。

秘密録音に関しては、そもそも、録音自体を違法と捉えることは難しく、それを開示することで（違法とまではいえない、もしくは、違法収集証拠排除法則により排除されるほどに重大な違法とはいえない）法益の侵害が生じ、拡大する⁴⁰⁾。そのため、少なくとも、私人によって獲得された会話であっても、それ自体が秘密性の高いものであり、それを証拠として使用するとさらなる侵害が拡大すると考えられる場合には、違法な録音の効果として証拠排除が導かれる可能性が認められたと考えることができるであろう⁴¹⁾。このような意味では、私人の秘密録音の証拠能力を検討する際に、録音行為自体が違法であるかどうかを検討することに固執する必要はなく、その使用方法などを含めて証拠の許容性判断を行えばよいということになる。

こうした証拠使用段階において許容性の判断を行う手法は、外国の捜査機関による証拠収集のケースでも現に用いられていた。すなわち、証拠の使用段階に着目し、当該証拠を使用することで手続が不公正にならないかという「不公正手続証拠排除法則」である⁴²⁾。これは、本来、証拠調べ請求する当事者がその証拠を獲得して事実認定に用いるには、立法的手立てを必要とするのに、それを欠いて証拠使用する場合に適用される。その場合、刑事訴訟法上の違法とはいえないが、一方当事者との関係で不公正となるというものである。そうすると、訴訟上の当事者ではない（対向関係にない）一私人が獲得した証拠については射程外とされるであろう。

ただし、証拠収集段階の違法ではなく、証拠使用段階の問題に着目する試みそのものは、私人による証拠収集活動を検討するにあたり参考に値する。とりわけ、イギリスの刑事手続に目を向けてみると、不公正収集証拠排除（1984年警察・刑事証拠法78条1項）は、不公正に獲得された証拠を排除するのではなく、当該証拠を使用することが不公正な影響を与える場合に排除するものとされている⁴³⁾。このことから、当該証拠を使用することの不公正さという観点の妥当性を確認していくことができる。

40) 稗田・前掲注(14) 169頁。

41) 井上・前掲注(5) 584～585頁。現に、民事手続では、違法に収集された証拠を裁判所が取り調べることに着目する見解がある。民事の議論状況については、谷口安平・福永有利『注釈民事訴訟法(6) 証拠(1)』(有斐閣、1995) 21頁以下参照。

42) 中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」原田國男ほか編『刑事裁判の理解と実務』(成文堂、1998) 211頁以下。

43) 同法78条1項は「いかなる手続においても、裁判所は、訴追例が立証の基礎として申請する証拠につき、その証拠が獲得された状況を含むすべての事情を考慮して、その証拠を許容することが当該手続の公正さに有害な影響を及ぼすためこれを許容すべきでないと思量されるときは、その証拠を許容することを拒むことができる」と規定する。

5 おわりに

私人による違法収集証拠に関して、私人の証拠収集活動が違法となれば、違法収集証拠排除法則を適用する余地が認められる。しかし、それは捜査機関の場合よりも著しい違法が要求される上、そもそも私人の証拠収集活動が実体法上の違法とならない場合がある。そこで、秘密録音および外国捜査機関により獲得された証拠に関する判例から、証拠の使用段階に焦点を当てる必要性に言及した。といっても、証拠収集段階に違法はないが、当該証拠の使用が手続を不公正にするとはどのような場合を指すのか、不明確な点も残されている。また、証拠使用段階の不公正さにより証拠排除を認めるとしても、その根拠を何に求めるのかも検討が必要な課題である。こうしたわが国における証拠使用段階に着目した許容性判断の可能性を探るため、イギリスの実体法上の違法と証拠能力の関係についても今後は検討を深めていきたい。

これまで、主に話者に無断のまま録音するケース、他人の物を無断で持ち出すケースで証拠能力の有無に関する判例が蓄積しているが、近年、携帯電話の通信履歴や不正アクセスして収集した電子証拠（電子メールの内容や営業秘密など）に関する問題が増加しており、実体法上の違法により獲得された証拠の取扱いに関する議論の重要性はより一層高まるであろう。